

*A tutela institucional de interditos. O caso da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa**

PROF. DOUTOR MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

PROF.^a DOUTORA MARGARIDA LIMA REGO

SUMÁRIO: *Introdução. 1. Os estatutos da SCML. 2. Brevíssima exposição sobre a tutela de interditos. 3. A quem incumbe a tutela. 4. O exercício da tutela a título profissional. 5. A tutela institucional e a Constituição. 6. Conclusões.*

Introdução

O tema deste artigo é a tutela institucional de interditos¹. Trata-se da questão de saber em que medida pode a tutela de um interdito, dada a sua incapa-

* O presente escrito tem origem em pareceres elaborados pelos autores para a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, agradecendo-se desde já a anuência desta instituição à sua publicação. Os autores agradecem ainda os comentários relativos a uma versão anterior deste artigo, feitos por João Gomes de Almeida, António Sampaio Caramelo, Segismundo Pinto Basto, Joana Galvão Teles e Pedro Múrias.

¹ Este artigo representa um esforço dos autores com vista a ultrapassar algumas das dificuldades que a aplicação do actual regime da tutela de interditos tem vindo a suscitar na prática forense nacional. Assim, as várias questões que nos propomos tratar serão aqui apreciadas numa perspectiva marcadamente *de jure condito*, passando ao largo das fortes críticas de que os institutos da tutela e curatela de interditos e inabilitados têm vindo, merecidamente, a ser alvo pela doutrina contemporânea. Cf., por exemplo, os comentários de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I-III, 2.^a ed., Almedina, Coimbra 2007, pp. 461-466; ou de J. DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, 2.^a ed., A.A.F.D.L., Lisboa 2009, pp. 391-394. Para uma análise mais desenvolvida da matéria, cf. o estudo monográfico de PAULA TÁVORA VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra Editora, Coimbra 2008; e o artigo

cidade genérica de exercício, ser confiada não a uma pessoa singular, mas a uma pessoa colectiva. É um tema de que a doutrina lusa se tem alheado quase por completo e que aqui será tratado nas suas vertentes constitucional e civil, a propósito de uma instituição – a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa («SCML») – especialmente vocacionada para o exercício de funções relacionadas com a «realização da melhoria do bem-estar das pessoas, prioritariamente dos mais desprotegidos»².

A tese que aqui procuraremos defender é a de que a figura a que chamamos «tutela institucional de interditos» tem de ser entendida, e o seu alcance limitado, à luz do princípio, que integra o nosso Direito, de que o exercício da tutela se exerce, em regra, por quem mantenha com os interditos uma relação de cariz pessoal, só na sua falta se recorrendo a quem exerça tais funções a título profissional. Para o efeito, consideraremos na nossa exposição os seguintes aspectos: i) as atribuições e competências da SCML em matéria de tutela de interditos; ii) o regime da tutela de interditos na lei civil; iii) a obrigação de tutela no Código Civil; iv) em especial, o exercício de tutela a título profissional; v) a tutela institucional e a Constituição.

1. Os estatutos da SCML

O exercício da tutela e curatela de menores, interditos e inabilitados pela SCML ou, mais rigorosamente, pelas pessoas singulares indicadas pela SCML em razão das funções que à data para ela desempenham, e apenas enquanto e

de CLÁUDIA TRABUCO, «O regime das incapacidades e do respectivo suprimento: perspectivas de reforma», em *Themis*, ed. especial, Almedina, Coimbra 2008, pp. 313-330. Entre os vários institutos que os ordenamentos mais próximos do nosso têm vindo a criar em substituição de regimes semelhantes ao que ainda temos, mais flexíveis, com maior sustentação científica e sem a carga pejorativa associada às categorias do interdito e do inabilitado, merece destaque, no ordenamento alemão, o instituto do acompanhamento (*Betreuung*), oriundo da reforma de 1992, com as alterações introduzidas em 1999. Cf. os §§ 1896 a 1908i do BGB. Sobre o instituto, vejam-se, para além dos vários códigos anotados, J. GERNHUBER/D. COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4.^a ed., Beck, Munique 1994, pp. 1230-1252 (§ 76); e DIETER SCHWAB, *Familienrecht*, 10.^a ed., Beck, Munique 1999, pp. 385-393 (mm. 814-829). O antecedente mais directo do nosso actual regime terá sido o dos artigos 414.º a 432.º do Código Civil italiano de 1942. Para uma defesa de necessidade de actualização deste regime, cf. RENATO PESCARA, em *Trattato di diritto privato, Persone e Famiglia*, tomo III, vol. 4, 2.^a ed., coord. PIETRO RESCIGNO, UTET, Turim 1997, pp. 755-787.

² Reproduzimos aqui a formulação do artigo 4.º, n.º 1, dos Estatutos da SCML, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 235/2008, de 3 de Dezembro, e a que adiante regressaremos.

na medida em que o fizerem, é tratado, de forma directa, numa única disposição dos respectivos estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 235/2008, de 3 de Dezembro («Estatutos»). Damos início à nossa exposição com uma análise dessa disposição, com vista a determinar o seu alcance, procurando delimitar, em especial, a extensão dos poderes e deveres nessa matéria assacados à SCML.

A disposição em apreço é a alínea o) do n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos:

Para a realização dos seus fins estatutários, a SCML ... assegura, quando se mostre necessário, a tutela e curatela dos menores, interditos e inabilitados apoiados pela SCML, nos respectivos termos legais.

Cumprе sublinhar que este é um preceito relativo aos fins estatutários da SCML, como decorre, desde logo, da respectiva inserção sistemática.

A SCML é uma pessoa colectiva – mais precisamente, uma pessoa colectiva de direito privado e utilidade pública administrativa (artigo 1.º, n.º 1, dos Estatutos). As pessoas colectivas, centros autónomos de imputação de normas jurídicas, constituem-se para a realização de certos interesses, ou prossecução de fins, normalmente de carácter duradouro, sendo este elemento teleológico um elemento essencial à sua constituição³. A personalidade colectiva é um meio ao serviço da realização de fins, sem os quais a figura perderia o seu sentido, nisso se distinguindo da personalidade singular, cujo reconhecimento enquanto fim em si se impõe ao sistema jurídico, em virtude, desde logo, do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja consagração como um dos pilares do nosso sistema resulta do disposto no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa («Constituição»).

Os fins da SCML encontram-se definidos no n.º 1 do artigo 4.º dos Estatutos:

A SCML tem como fins a realização da melhoria do bem-estar das pessoas, prioritariamente dos mais desprotegidos, abrangendo as prestações de acção social, saúde, educação e ensino, cultura e promoção da qualidade de vida, de acordo com a tradição cristã e obras de misericórdia do seu compromisso originário e da sua secular actuação em prol da comunidade, bem como a promoção, apoio e realização de actividades que visem a inovação, a qualidade e a segurança na prestação de serviços e, ainda, o desenvolvimento de iniciativas no âmbito da economia social.

³ Parafraseando um dito frequente na doutrina germânica, a pessoa colectiva é «uma criação do legislador orientada para fins» (*eine Zweckerschöpfung des Gesetzgebers*). Cf., por todos, HELMUT HEINRICHS em PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65.ª ed., Munique 2006, «Einführung vor § 21», m. 1 (cf. ainda a m. 7). Entre nós, cf. C. MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/P. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra 2005, p. 270.

Para além destes fins, a SCML desenvolverá ainda «as actividades de serviço ou interesse público que lhe sejam solicitadas pelo Estado ou outras entidades públicas» (n.º 2 do artigo 4.º dos Estatutos). Quais sejam essas actividades não é matéria de relevo para esta análise.

Os poderes jurídicos de que os órgãos das pessoas colectivas dispõem para a realização ou prossecução dos seus fins designam-se «competências». Vamos encontrar uma enumeração exemplificativa das competências de que dispõem os órgãos da SCML no n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos. A sua natureza meramente exemplificativa decorre, não apenas do respectivo conteúdo, mas também, se tal não bastasse, do disposto na alínea t), onde se esclarece que, para além das competências definidas nas alíneas anteriores, a SCML exercerá «as demais competências necessárias à prossecução dos seus fins».

Ao estabelecer que a SCML «assegura, quando se mostre necessário, a tutela e curatela dos menores, interditos e inabilitados apoiados pela SCML, nos respectivos termos legais», a alínea o) do n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos determina que a SCML, por intermédio dos titulares dos seus órgãos, terá competência para o exercício da tutela e curatela de menores, interditos e inabilitados, desde que estes sejam apoiados pela SCML. O mesmo é dizer que aos titulares dos respectivos órgãos, enquanto e na medida em que o forem, serão atribuídos os poderes necessários para exercer tais funções – sempre, é claro, «nos respectivos termos legais» (adiante examinaremos melhor esta remissão para os termos gerais).

Resulta do exposto que, «nos respectivos termos legais», os titulares dos órgãos da SCML terão legitimidade para, nessa qualidade, exercerem a tutela e curatela dos menores, interditos e inabilitados apoiados pela SCML. É claro, sempre que esse exercício se mostre necessário para a prossecução dos fins estatutários da SCML.

Neste ponto, é importante frisar que o preceito em apreço contém uma norma de atribuição de competência, e não – coisa bem distinta – uma norma injuntiva, atributiva de um dever jurídico⁴. O mesmo se diga das demais alí-

⁴ E tão-pouco uma «sujeição à constituição de um dever», nas palavras de HOHFELD, *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*, na trad. de M. LIMA REGO, F. C. Gulbenkian, Lisboa 2008, p. 74. Na classificação de DAVID DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, Coimbra, Almedina 2006, pp. 99-128, inserida na tradição hartiana, do preceito mencionado no texto extrai-se uma norma de competência «com o estatuto deontológico de uma permissão». É, em todo o caso, uma norma secundária, porquanto se refere a outras normas, ao contrário do que acontece com as normas primárias, ou normas de conduta, as quais se dividem, fundamentalmente, em três grandes grupos: as permissões, as imposições e as proibições. Cf. ainda

neas do n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos. De nenhuma delas podemos retirar a constituição de deveres jurídicos na esfera da SCML, e tão-pouco dos correspondentes direitos ou pretensões na esfera de outrem – designadamente, dos inúmeros terceiros de algum modo apoiados pela SCML.

Nesta sede, seria manifestamente abusiva a interpretação que pretendesse retirar do preceito um dever de os titulares dos órgãos da SCML exercerem a tutela e curatela de todos os menores, interditos e inabilitados que sejam de algum modo apoiados pela SCML.

Semelhante interpretação seria abusiva, desde logo, porque, como se disse, de uma norma de atribuição de competência não pode retirar-se, sem mais, a atribuição de um dever jurídico. No entanto, não se esgota neste raciocínio, de pendor estritamente técnico-jurídico, a conclusão pela inadmissibilidade dessa interpretação.

A referida interpretação deve ser afastada, em acréscimo, porque, segundo a própria letra do preceito, o exercício dos poderes atribuídos pela norma em causa é limitado àqueles casos em que o mesmo se mostre necessário para a prossecução dos fins estatutários da SCML, enunciados no artigo 4.º, n.º 1, dos respectivos Estatutos. Salvo nas situações em que a imperatividade decorra de outros preceitos legais, a aferição da necessidade desse exercício caberá, naturalmente, aos órgãos da própria SCML. A competência prevista na disposição em causa será exercida pela mesa da SCML, podendo ainda ser delegada nos seus membros, sob proposta do provedor, com faculdade de subdelegação nos dirigentes dos departamentos e serviços, de acordo com o disposto nos artigos 9.º, n.os 1, alínea *p*), e 2, e 14.º, n.º 2, dos Estatutos.

Tratando-se de uma atribuição de competência, e não de um dever jurídico, o seu exercício envolve margem de discricionariedade, não correspondendo a um poder vinculado. Trata-se de uma decisão de mérito, que nem sequer deve ser controlada, nessa parte, pelos tribunais.

A referida interpretação deve ainda ser afastada por manifesta falta de razoabilidade, na medida em que, entre as diversas formas de apoio da SCML aos mais desfavorecidos, se contam variadíssimas modalidades de acção social, com graus de intervenção muito distintos, que vão desde o internamento nalgum dos estabelecimentos da SCML, sempre que se justifique e na medida das possibilidades de acolhimento da SCML, passando por diversos níveis de apoio domiciliário, e por toda uma série de serviços de atendimento social, muitas

vezes pontual, designadamente em situações de emergência social, bem como por creches, colónias de férias, centros de convívio, cantinas sociais, centros de formação e inserção social, gabinetes médicos e de enfermagem, balneários e serviços de rouparia, muitos dos quais abertos a todos quantos decidam frequentá-los, esporádica ou habitualmente, para tal se deslocando às instalações da SCML.

Seria por demais absurdo o entendimento de que todos quantos fossem de algum modo apoiados pelos serviços da SCML, ainda que, por hipótese, se tivessem limitado a tomar um dia uma refeição numa das cantinas sociais da SCML, teriam um direito à tutela ou curatela da SCML, na medida em que da mesma necessitassem, ou que na esfera dos titulares dos respectivos órgãos se constituísse o dever de exercerem semelhante tutela ou curatela, potencialmente em relação à totalidade da população de algum modo apoiada pela SCML.

Já vimos que não decorre dos Estatutos da SCML a existência de quaisquer deveres de tutela ou curatela na esfera da própria SCML, directamente ou por intermédio dos titulares dos respectivos órgãos. Para aferir da eventual existência de deveres de exercer a tutela ou curatela dos menores, interditos e inabilitados apoiados pela SCML, será necessário analisar «os respectivos termos legais», ou seja, antes de mais, o regime geral para que remete a alínea o) do n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos da SCML, que consta do Código Civil («CC»).

2. Brevíssima exposição sobre a tutela de interditos

O regime geral da interdição encontra-se nos artigos 138.º a 151.º do CC⁵. Podem ser interditados do exercício dos seus direitos todos aqueles que, sendo maiores de idade, se mostrem incapazes, por algum motivo, de governar a sua pessoa e bens (artigo 138.º CC). A anomalia psíquica é um dos motivos previstos de forma expressa na lei, admitindo-se, no entanto, a natureza meramente exemplificativa da enumeração legal – apenas se exige a verificação de uma situação de incapacidade de um adulto para governar a sua pessoa e bens⁶.

⁵ Cf. *supra* n. 1.

⁶ Neste sentido, vejam-se, designadamente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, cit. *supra* n. 1, p. 467; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra 2008, p. 122; e CLÁUDIA TRABUCO, cit. *supra* n. 1, p. 318. A jurisprudência segue ainda a antiga fórmula segundo a qual a anomalia psíquica a que se refere a nossa lei civil «abrange não só as deficiências de intelecto, de entendimento ou discernimento, como as deficiências da von-

Assim, para justificar a interdição, a anomalia psíquica deve ser incapacitante, actual e permanente⁷. Já os dois outros motivos expressos terão perdido muita da sua actualidade, visto que, com os meios hoje disponíveis para fazer face à «surdez-mudez» ou à «cegueira», dificilmente tais condições darão azo, actualmente, a situações de incapacidade para governar pessoa e bens⁸.

Os interditos são equiparados aos menores, sendo-lhes aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições reguladoras da incapacidade por menoridade e as que fixam os meios de suprir o anteriormente designado «poder paternal» (artigo 139.º CC). Contudo, é importante ter em conta que tais disposições só se aplicam aos interditos «com as necessárias adaptações», e que essa aplicação só terá lugar em complemento dos preceitos directamente aplicáveis à interdição e à tutela de interditos (os artigos 138.º a 151.º CC).

Sem se pretender enveredar por uma análise excessivamente pormenorizada do regime da tutela dos interditos, que neste contexto seria despicienda, devemos tomar como ponto de partida a ideia de que é este o meio de que hoje dispomos para suprir a incapacidade dos interditos. O tutor é o representante legal do interdito, cabendo-lhe o exercício dos direitos e de outras posições jurídicas de que seja titular o interdito, dada a genérica incapacidade de exercício deste, que se equipara à dos menores⁹. Ao tutor cabem ainda os mes-

tade e da própria afectividade ou sensibilidade», consagrada no Ac. STJ de 21.07.1983 (Moreira da Silva), publicado em (1983) 329 BMJ 523, a p. 524. Cf. dois exemplos mais recentes no Ac. STJ de 29.04.2003 (Faria Antunes) e no Ac. RP de 26.05.2009 (Cândido Lemos) (disponíveis, na íntegra, em www.dgsi.pt).

⁷ Cf., neste sentido, CASTRO MENDES, *Direito civil – teoria geral*, A.A.F.D.L., Lisboa 1978, p. 157; e CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, vol. I, 5.ª ed., UCP, Lisboa 2009, pp. 335-336. Os autores esclarecem ainda que a natureza permanente da anomalia psíquica não implica a sua incurabilidade, tão-pouco sendo incompatível com o que a doutrina tradicionalmente designa como «intervalos lúcidos». Estes chegaram a merecer referência expressa no anteprojecto de CAMPOS COSTA, «Incapacidades e formas do seu suprimento», em (1961) 111 BMJ 195-231, p. 196 (artigo 1.º).

⁸ MENEZES CORDEIRO, cit. *supra* na n. 1, p. 466, observa, criticamente, que desde há muito a doutrina vinha sublinhando a capacidade de tais pessoas, quando devidamente preparadas – mesmo na vigência do Código de Seabra. Cf., no entanto, um exemplo muito recente da interdição de um surdo-mudo, no Ac. RP de 26.05.2009 (Cândido Lemos) (disponível, na íntegra, em www.dgsi.pt).

⁹ Para além da sua genérica incapacidade de exercício, semelhante à dos menores, os interditos também sofrem algumas restrições à sua capacidade de gozo, as quais são maiores em caso de interdição por anomalia psíquica. Por exemplo, não podem casar [artigo 1601.º, b) CC], perfilar (artigo 1850.º/1 CC) ou testar [artigo 2189.º, b) CC]. A interdição por anomalia psíquica também dá azo à aplicação de uma presunção de inimputabilidade (artigo 488.º/2 CC).

mos direitos e obrigações que os dos pais em relação aos filhos, com algumas modificações e restrições (artigo 1935.º CC). No entanto, o tutor de um interdito tem um especial dever de cuidar da saúde deste último (artigo 145.º CC)¹⁰.

É obrigatório o cargo de tutor, não podendo alguém escusar-se do seu exercício senão nos casos expressos na lei (artigo 1926.º CC). Todavia, é de notar que a obrigação de tutela não recai sobre a população em geral. Se o vínculo que une o interditando a um possível tutor for de cariz pessoal, a obrigação de tutela só se constitui na esfera deste se ambos forem parentes ou afins em linha recta ou seus colaterais até ao quarto grau e não houver outro motivo de escusa¹¹. Se esse vínculo for de natureza profissional, veremos melhor adiante que só em circunstâncias muito limitadas essa obrigação é imposta¹².

¹⁰ Cf. CASTRO MENDES, cit. *supra* n. 7, p. 159. Para o autor, a razão de ser deste preceito está em que o tutor não se encontra apenas adstrito a um dever geral de cuidado como o dos pais em relação aos filhos menores, uma vez que não se reconduz à ideia de uma finalidade genérica de manutenção da sua boa saúde que lhe seria própria, exigindo-se antes ao tutor, *em especial*, que tente melhorá-la, procurando a recuperação mental e física do interdito. CLÁUDIA TRABUCO, cit. *supra* na n. 1, pp. 318-319 e 322, também sustenta que o instituto da tutela de interditos visa fazer face, maioritariamente, a problemas de ordem patrimonial, chamando a atenção para a referência, dele constante, à possibilidade de alienação de bens para fazer face a despesas de saúde do interdito. Não partilhamos inteiramente deste entendimento. Mais do que uma separação entre os problemas de ordem patrimonial ou pessoal, parece-nos avisado separar das demais as questões relativas ao suprimento da incapacidade de menores e interditos. A representação legal de menores e interditos pelo respectivo tutor é necessária sempre que haja necessidade de gerir um património mas não será menos necessária quando esteja em causa a tomada de uma decisão respeitante a direitos de personalidade dos menores ou interditos. Na verdade, a necessidade de gerir um património pode mesmo ser motivo para a instituição do regime de administração de bens, conforme se retira do disposto na alínea b) do artigo 1922.º CC. O dever de cuidar da saúde dos interditos ultrapassa em muito a matéria dos custos, envolvendo, desde logo, a prestação do consentimento para a prática de actos médicos. Sobre o tema, cf. ANDRÉ DIAS PEREIRA, «A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica», em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra 2006, pp. 199-249. Segundo o autor, «consentir numa intervenção médica é um *acto pessoalíssimo*, que tutela os bens jurídicos da mais elevada dignidade axiológica e constitucional» (p. 201). O autor defende a autonomização dogmática do instituto da capacidade para consentir em relação à capacidade negocial. No entanto, *de jure condito*, não deixa de reconhecer ao tutor do interdito legitimidade para consentir na prática de actos médicos sobre a pessoa do interdito, na qualidade de seu representante legal (pp. 241-242).

¹¹ Cf. o artigo 1934.º CC.

¹² Cf. o artigo 1962.º CC e a exposição subsequente, particularmente o ponto 4.

3. A quem incumbe a tutela

A identificação das pessoas que, em cada caso, se encontram vinculadas a uma obrigação de tutela resulta de vários preceitos do Código Civil¹³.

As pessoas a quem incumbe, em primeira linha, a tutela dos interditos, pela ordem indicada, são as enumeradas no n.º 1 do artigo 143.º CC:

- a) *Ao cônjuge do interdito, salvo se estiver separado judicialmente de pessoas e bens ou separado de facto por culpa sua, ou se for por outra causa legalmente incapaz;*
- b) *A pessoa designada pelos pais ou pelo progenitor que exercer o poder paternal, em testamento ou documento autêntico ou autenticado;*
- c) *A qualquer dos progenitores do interdito que, de acordo com o interesse deste, o tribunal designar;*
- d) *Aos filhos maiores, preferindo o mais velho, salvo se o tribunal, ouvido o conselho de família, entender que algum dos outros dá maiores garantias de bom desempenho do cargo*¹⁴.

Não se oferecem dúvidas de que estas pessoas se encontram obrigadas a desempenhar tais funções, salvo na medida em que para isso não sejam idóneas¹⁵ ou que possam delas escusar-se — veremos adiante os fundamentos pos-

¹³ Cf. ainda o artigo 944.º do Código de Processo Civil. De acordo com este preceito, cabe ao autor, na petição inicial, «indicar as pessoas que, segundo os critérios da lei, devam compor o conselho de família e exercer a tutela ou curatela».

¹⁴ A doutrina distinguia, tradicionalmente, no contexto da tutela de menores, entre a tutela testamentária, legítima e dativa, consoante a designação do tutor fosse feita pelos pais, decorresse da lei ou resultasse de decisão judicial. Cf. J. CASTRO MENDES, *Direito da família*, A.A.F.D.L., Lisboa 1990/1991, pp. 370-372. Desde a reforma de 1977, as modalidades de tutela existentes no nosso ordenamento foram reduzidas a duas: a tutela testamentária e a tutela dativa. Note-se que, quer a tutela de menores, quer a tutela de interditos, ainda que testamentária, carecem sempre de confirmação judicial. Quanto a esta última, veja-se o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 143.º CC e no n.º 1 do artigo 954.º do Código de Processo Civil.

¹⁵ Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 1933.º CC, não serão idóneas para desempenhar as funções de tutor as seguintes pessoas: «a) os menores não emancipados, os interditos e os inabilitados; b) os notoriamente dementes, ainda que não estejam interditos ou inabilitados; c) as pessoas de mau procedimento ou que não tenham modo de vida conhecido; d) os que tiverem sido inibidos ou se encontrarem total ou parcialmente suspensos do poder paternal; e) os que tiverem sido removidos ou se encontrarem suspensos de outra tutela ou do cargo de vogal de conselho de família por falta de cumprimento das respectivas obrigações; f) os divorciados e os separados judicialmente de pessoas e bens por sua culpa; g) os que tenham demanda pendente com o menor ou com seus pais, ou a tenham tido há menos de cinco anos; h) aquele cujos pais, filhos ou cônjuges tenham, ou hajam tido há menos de cinco anos, demanda com o menor ou seus pais; i) os que sejam inimigos pessoais do menor ou dos seus pais; j) os que tenham sido excluídos pelo pai ou mãe do menor, nos mesmos termos em que qualquer deles pode designar

síveis para um pedido de escusa¹⁶. Na falta, indisponibilidade ou inidoneidade dessas pessoas para o exercício de tais funções, cabe ao tribunal designar um tutor, em regra após consulta do conselho de família (artigo 143.º, n.º 2, CC). Note-se, contudo, que nem sempre este existe (artigo 1962.º, n.º 2, CC).

O tribunal não dispõe de total liberdade para seleccionar a pessoa mais indicada para exercer as funções de tutor do interdito. Nesta matéria, têm ainda aplicação, «com as necessárias adaptações», as disposições relativas à tutela de menores (artigo 139.º CC).

Cai-se então no âmbito da chamada tutela dativa, regulada pelo artigo 1931.º CC. Vejamos o que dispõe o n.º 1:

Quando os pais não tenham designado tutor ou este não haja sido confirmado, compete ao tribunal de menores, ouvido o conselho de família, nomear o tutor de entre os parentes ou afins do menor [leia-se: o interdito] ou de entre as pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar do menor [idem] ou tenham por ele demonstrado afeição¹⁷.

Sempre que não se vislumbre hipótese de nomear um familiar do interdito, em virtude da falta, indisponibilidade ou inidoneidade dessas pessoas para

tutor; l) os magistrados judiciais ou de Ministério Público que exerçam funções na comarca do domicílio do menor ou na da situação dos seus bens.» Acrescenta o n.º 2: «Os inabilitados por prodigalidade, os falidos ou insolventes, e bem assim os inibidos ou suspensos do poder paternal ou removidos da tutela, quanto à administração de bens, podem ser nomeados tutores, desde que sejam apenas encarregados da guarda e regência da pessoa do menor.» A alínea f) do n.º 1, que refere «os divorciados e os separados judicialmente de pessoas e bens por sua culpa», embora nunca tenha sido objecto de revogação expressa, deve ter-se por tacitamente revogada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Este diploma legal veio alterar o regime do divórcio, dele suprimindo os juízos de culpa e remetendo para os termos gerais o ressarcimento de danos eventualmente imputáveis a um dos cônjuges (cf. o artigo 1792.º CC). Em todo o caso, na medida em que a culpa no divórcio não seria necessariamente relevante para os efeitos aqui em vista, temos sérias dúvidas quanto à constitucionalidade da norma vertida na alínea f) do n.º 1 do artigo 1933.º CC.

¹⁶ Que constam do artigo 1934.º CC.

¹⁷ Digna de nota é a ausência de um regime que confira de forma explícita ao próprio interditando a possibilidade de designar o tutor em momento em que se encontre na plena posse das suas faculdades, ausência que é de condenar, tendo em conta os muitos casos em que a anomalia psíquica surge na fase final da vida de quem fora até então plenamente capaz. Somos da opinião de que, por decorrência directa do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição, o tribunal deve atender à designação feita pelo próprio, aplicando-lhe, analogicamente, o regime da tutela testamentária, incluindo o disposto no n.º 3 do artigo 1928.º CC. Cf., no ordenamento alemão, o disposto nos §§ 104 e 1896 II BGB. Cf. a análise de possíveis alternativas a estes institutos ao dispor dos próprios interessados no seio do nosso ordenamento em PAULA TÁVORA VÍTOR, cit. *supra* n. 1, pp. 165-313.

o exercício de tais funções, o tribunal pode ainda recorrer a qualquer das «pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar» do interdito «ou tenham por ele demonstrado afeição». Tendo em conta a obrigatoriedade de exercício do cargo de tutor, acima referida, facilmente chegaríamos à conclusão de que, se essa obrigatoriedade abrangesse todas as pessoas que de algum modo se enquadrem nesta previsão, este regime seria, potencialmente, de grande amplitude, na medida em que a obrigação poderia constituir-se na esfera de quaisquer pessoas com uma ligação, ainda que muito ténue, ao interdito.

Contudo, esta imposição legal é temperada com a constituição, na esfera de alguns dos visados, da faculdade de escusa do exercício de tais funções, cujos fundamentos se encontram regulados, por remissão, no artigo 1934.º CC. No caso dos interditos, este preceito deve sofrer as adaptações decorrentes do disposto no artigo 146.º CC. No entanto, estas dizem apenas respeito aos familiares do interdito, pelo que, nesta sede, não se afigura relevante analisá-las. A existência desta importante faculdade de escusa tem como resultado a necessidade de se traçar uma fronteira entre os casos de tutela obrigatória e os casos de tutela voluntária – enquadrando-se neste segundo grupo de casos, quer aqueles em que alguém se oferece para exercer as funções de tutor, quer aqueles em que a designação do tribunal é aceite, podendo não o ser.

Podemos dividir os fundamentos de escusa em duas grandes categorias: (i) o desempenho de certos cargos políticos ou o exercício de determinadas funções religiosas ou militares – previstos, respectivamente, nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 1934.º CC; e aqueles que se prendem com circunstâncias várias da vida que, sobretudo em virtude do seu carácter absorvente, são susceptíveis de reduzir a disponibilidade para o exercício das funções de tutela – a que respeitam as alíneas d) a i) do n.º 1 do artigo 1934.º CC. Os primeiros terão um interesse reduzido para a presente análise. Centremo-nos nos segundos. Podem escusar-se da tutela, segundo o respectivo n.º 1:

- d) *Os que residam fora da comarca onde o menor [leia-se: o interdito] tem a maior parte dos bens, salvo se a tutela compreender apenas a regência da pessoa do menor [idem], ou os bens deste forem de reduzido valor;*
- e) *Os que tiverem mais de três descendentes a seu cargo;*
- f) *Os que exerçam outra tutela ou curatela;*
- g) *Os que tenham mais de sessenta e cinco anos;*
- h) *Os que não sejam parentes ou afins em linha recta do menor [leia-se: do interdito], ou seus colaterais até ao quarto grau;*
- i) *Os que, em virtude de doença, ocupações profissionais absorventes ou carência de meios económicos, não possam exercer a tutela sem grave incómodo ou prejuízo.*

De entre estas alíneas existe uma – a alínea *h*) – que vem reduzir drasticamente o alcance da obrigatoriedade da tutela, ao permitir a escusa a todos os «que não sejam parentes ou afins em linha recta [do interdito], ou seus colaterais até ao quarto grau»¹⁸. Note-se que, em caso de escusa, o tribunal só poderá compelir o autor do pedido a aceitar a tutela se e quando cessar o fundamento da escusa (n.º 2 do artigo 1934.º CC).

Quem perfilhe o entendimento de que este preceito se aplica a todos os casos de tutela, mais depressa chega à conclusão de que nunca a SCML, directamente ou por intermédio dos titulares dos seus órgãos, pode encontrar-se obrigada a exercer funções de tutela, já que lhe assistiria, a si e aos titulares dos seus órgãos, a faculdade de escusa do exercício de tais funções, quanto mais não seja com fundamento na ausência de quaisquer relações de parentesco ou afinidade entre si e os interditandos que sejam de algum modo apoiados pela SCML.

No entanto, essa não se nos afigura corresponder à interpretação mais acertada do preceito. Na verdade, importa distinguir entre o exercício da tutela a título pessoal, a que se reportam em primeira linha os artigos 1927.º ss CC, e a título profissional, regulado no artigo 1962.º CC.

4. O exercício da tutela a título profissional

Atente-se no disposto no n.º 1 do artigo 1962.º CC:

*Quando não exista pessoa em condições de exercer a tutela, o menor é confiado à assistência pública, nos termos da respectiva legislação, exercendo as funções de tutor o director do estabelecimento público ou particular onde tenha sido internado*¹⁹.

¹⁸ Dificilmente se compreende a disparidade de critérios legais de selecção dos graus de parentesco e outras relações de proximidade relevantes para a imposição de uma obrigação de tutela e dos que relevam para a imposição de uma obrigação de alimentos (cf. o disposto no artigo 2009.º CC).

¹⁹ Redacção que lhe foi dada pelo DL 496/77, de 25 de Novembro. Na sua versão original, cf. o disposto no artigo 1966.º CC (menores abandonados): «1. Os menores abandonados são confiados à assistência pública, nos termos da respectiva legislação, exercendo as funções de tutor o director do estabelecimento, público ou particular, onde tenham sido internados. 2. O tribunal de menores pode sempre deferir a tutela a quem, mostrando-se idóneo para o exercício do cargo, queira encarregar-se gratuitamente da guarda e educação do abandonado; neste caso, o director do estabelecimento a cargo do qual se encontrava inicialmente o menor ou, na sua falta, qualquer pessoa escolhida pelo tribunal exercerá as funções de protutor.» Trata-se de «um caso especial de tutela dativa», nas palavras de J. CASTRO MENDES, cit. *supra* n. 14, p. 372. Veja-se o artigo 354.º do Código Civil italiano de 1942.

É este o único caso de exercício da tutela a título profissional regulado pelo Código Civil. E é evidente o seu potencial de aplicação aos titulares dos órgãos da SCML.

Em Portugal, tem prevalecido o entendimento de que a tutela, pela sua aproximação à figura parental, seria indissociável da personalidade singular²⁰. Não pomos em causa que o *exercício* de tais funções deva ser realizado por uma pessoa singular, conforme resulta, sem margem para dúvidas, da letra do preceito. Contudo, já não nos parece isenta de dúvidas a conclusão de que o tutor seja, nesses casos, a própria pessoa singular e não a entidade, normalmente uma pessoa colectiva, a quem o menor ou o interditando terá sido «confiado».

Atente-se na solução consagrada no ordenamento alemão²¹. Neste, a designação de uma pessoa colectiva para o acompanhamento de adultos não é inteiramente posta de parte, embora seja uma solução de último recurso – o que a doutrina explica pela maior transparência e facilidade no desenvolvimento de uma relação de confiança pessoal entre os adultos a acompanhar e os respectivos acompanhantes quando estes últimos são pessoas singulares, ainda que desempenhem tais funções a título profissional²². Nos casos em que o tribunal

²⁰ Invocando-se, a este respeito, o artigo 160.º/2 CC.

²¹ O instituto correspondente à tutela, no ordenamento alemão, é o instituto do acompanhamento de maiores (*Betreuung*). De acordo com o disposto no § 1897 I e II e no § 1900 I BGB, o acompanhamento de maiores é assegurado em primeira linha por uma ou mais pessoas singulares – ainda que a escolha recaia sobre um trabalhador de uma associação de acompanhamento de maiores. Só a título subsidiário, no caso de esse acompanhamento se revelar insuficiente pode o tribunal designar para o acompanhamento a própria associação de acompanhamento de maiores (*Betreuungsverein*) ou, como solução de último recurso, uma autoridade administrativa (*Behörde*). Nos termos do disposto no § 1900 II BGB, a associação designada pelo tribunal para o acompanhamento deve ainda assim designar uma ou mais pessoas singulares para a realização das actividades de acompanhamento, informando o tribunal da sua escolha. O preceito nada diz quanto à sua identidade, mas entende a doutrina que tais pessoas deverão ser, ou associados, ou trabalhadores da associação. Cf. DIETER SCHWAB em *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 8, 4.ª ed., Munique 2002, «Vor § 1896», m. 11, e § 1900, mm. 6-8; e ainda no seu *Familienrecht*, pp. 387-388 (mm. 819-821). Mais, uma vez designada a associação para o desempenho de tais funções, se a dada altura chegar ao seu conhecimento a existência de uma ou mais pessoas singulares em condições de exercê-las, está a associação obrigada a informar disso o tribunal (§ 1900 III BGB). Confirmando-se que essas pessoas singulares estão em condições de exercer as funções de acompanhamento do maior, serão as mesmas designadas pelo tribunal, em substituição da associação. Cf. DIETER SCHWAB em *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 8, 4.ª ed., Munique 2002, § 1900, m. 8; e UWE DIEDERICHSEN em PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65.ª ed., Munique 2006, § 1900, m. 8. Cf. ainda J. GERNHUBER/D. COESTER-WALTJEN, cit. *supra* n. 1, pp. 1242-1247.

²² Cf., neste sentido, J. GERNHUBER/D. COESTER-WALTJEN, cit. *supra* n. 1, p. 1242. Em rigor, como vimos, esta é uma solução «de penúltimo recurso» (cf. *supra* n. 21).

designa uma pessoa colectiva para o acompanhamento de maiores, cabe à pessoa colectiva, nessa qualidade, indicar a pessoa ou pessoas singulares que levarão a cabo as actividades de acompanhamento propriamente ditas, devendo aquelas dar conhecimento da sua escolha ao tribunal.

Bem vistas as coisas, parece-nos que a solução portuguesa não se afasta muito desta. Quer se entenda, como tem entendido a doutrina e a jurisprudência, que o preceito em análise atribui a legitimidade para se ser designado para o cargo de tutor ao director do estabelecimento, quer se defenda, como nos parece mais consentâneo com o espírito do preceito, que essa legitimidade caberia antes à pessoa colectiva, devendo esta delegar o *exercício* de tais funções no director do estabelecimento, a verdade é que o exercício da tutela pelo director do estabelecimento se encontra irremediavelmente ligado à sua qualidade de titular desse órgão – neste caso, a direcção do estabelecimento²³. O desempenho das funções de tutor não ocorre, neste caso, a título pessoal, mas no seio da pessoa colectiva em que o director exerce a sua profissão, cessando as suas funções logo que cesse a titularidade do seu cargo, e passando as funções de tutor a ser exercidas pelo seu sucessor no cargo²⁴. Daí a designação, por nós adoptada, de «tutela institucional de interditos».

É o que parece resultar da interpretação do artigo 1962.º CC. Do n.º 2 deste preceito retira-se ainda que, nestes casos, se dispensa a existência de conselho de família e de protutor – o que se compreende, desde logo, atendendo

²³ Em apoio da interpretação que nos parece mais consentânea com o espírito do preceito, veja-se ainda a formulação da alínea o) do n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos («a SCML ... assegura ... a tutela»). Cf. *supra* o texto que antecede a n. 3.

²⁴ Cf., neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra 1995, p. 495. Não obstante corresponder à prática dos nossos tribunais a designação, para o cargo de tutor, do director do estabelecimento, também tem sido a prática essas funções transitarem, com a sucessão no cargo, para os sucessivos directores do estabelecimento. É melhor, quanto a este aspecto, a solução do direito alemão. Pela solução portuguesa, cessando o vínculo entre a pessoa colectiva e a pessoa singular designada pelo tribunal, cessa também o controlo judicial da identidade de quem exercer as funções de tutor, já que, na falta de uma disposição em sentido diverso, parece dever concluir-se que o seu desempenho pelo respectivo sucessor ocorre por mero efeito da sucessão no cargo, sem qualquer outra intervenção do tribunal. Cf. ainda a referência à delegação do exercício das funções tutelares pela administração do tutor institucional num dos seus membros, constante do artigo 354.º do Código Civil italiano de 1942, e o disposto no respectivo artigo 402.º. A doutrina italiana designa estas entidades como «tutores assistenciais» e refere-se ao exercício, pelos seus membros, da «tutela delegada». Cf. cf. ALFREDO BUCCIANTE, em *Trattato di diritto privato, Persone e Famiglia*, tomo III, vol. 4, 2.ª ed., coord. PIETRO RESCIGNO, UTET, Turim 1997, pp. 697-698.

às estruturas de apoio de que, nestes casos, já dispõe o director, no seio da pessoa colectiva em que se insere, bem como ao cariz profissional do exercício das suas funções²⁵.

Ao considerar as situações de exercício da tutela a título profissional, facilmente chegamos à conclusão de que pouco ou nenhum sentido faria a aplicação, a esses casos, dos fundamentos de escusa acima enunciados.

Senão vejamos: o director de um estabelecimento que tenha a seu cargo menores ou outros internados não deve poder escusar-se ao exercício das funções de tutor com fundamento, por hipótese, na circunstância de já exercer essas funções em relação a outra pessoa [alínea f) do n.º 1 do artigo 1934.º CC]. A aplicação dessa regra a este caso conduziria ao resultado absurdo de o preceito regulador da tutela de tais pessoas só se aplicar, com carácter vinculativo, ao primeiro caso de tutela existente em cada um desses estabelecimentos de educação ou assistência. Todavia, ainda a pior resultado levaria a aplicação, ao mesmo director, do fundamento de escusa relativo à ausência de relações de parentesco ou afinidade entre si e o menor ou interdito [alínea h) do n.º 1 do artigo 1934.º CC]. O mesmo raciocínio é válido em relação aos demais fundamentos de escusa, já que se trata, de uma maneira geral, de circunstâncias relativas à vida pessoal, que não podem relevar quando as funções se tutela se exercem por inerência, a título profissional.

Não é este o único preceito que não se aplica ao exercício da tutela a título profissional. Efectivamente, o regime da tutela institucional só é chamado «[q]uando não exista pessoa em condições de exercer a tutela» (início do n.º 1 do artigo 1962.º CC). O que é que isto significa? Significa isto que o instituto da tutela institucional é subsidiário, só tendo cabimento legal nos casos em que se esgotaram todas as possibilidades que nos oferece o regime geral de tutela constante dos artigos 1927.º ss CC²⁶.

O mesmo é dizer que só pode haver designação para o exercício das funções de tutor de quem o faça a título profissional nas situações de falta, inidoneidade ou indisponibilidade de todas as pessoas, segundo o regime geral, estariam em condições de ser chamadas à tutela — incluindo todas aquelas a que

²⁵ A circunstância de o regime da tutela institucional de interditos só se aplicar quando, no conjunto das relações pessoais de um dado interditando, falte quem esteja em condições de exercer a tutela não impediria, em abstracto, a constituição de um conselho de família, uma vez que não são os mesmos os requisitos para o desempenho de tais funções. No entanto, é natural que em muitos desses casos faltassem também os candidatos para a constituição de um conselho de família.

²⁶ O mesmo se passa, no ordenamento alemão, em relação ao instituto do acompanhamento de maiores (*Betreuung*). Cf. *supra* n. 21.

faz referência o artigo 1931.º/1 CC (os «parentes ou afins do menor» [ou interdito] e «as pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar do menor [ou interdito] ou tenham por ele demonstrado afeição».

Do exposto decorre a necessidade de uma interpretação restritiva da referência, neste preceito, às «pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar do menor [ou interdito]». A restrição deve operar de modo a excluir do âmbito de aplicação do preceito quem cuide ou tenha cuidado do menor ou interdito no exercício de uma profissão. Assim é, desde logo, porque o impõe a parte inicial do artigo 1962.º, n.º 1, CC (ao esclarecer a natureza subsidiária do instituto). No entanto, outras razões podem ser aduzidas em apoio desta conclusão. Mais uma vez, pense-se no absurdo que seria sujeitar a uma obrigação de tutela todos aqueles cuja profissão consiste em cuidar de terceiros, sob alguma das variadíssimas formas que pode assumir a actividade de cuidar de terceiros. A obrigação aplicar-se-ia, indiscriminadamente, aos médicos, enfermeiros e demais agentes de saúde, aos psicólogos, assistentes sociais, empregados domésticos, bombeiros, nadadores-salvadores, enfim, o rol de profissões potencialmente em causa não teria fim à vista. Manifestamente, não pode ser essa a interpretação mais acertada do n.º 1 do artigo 1931.º CC.

Em vista do exposto, podemos concluir que a única situação em que a obrigação de tutela se impõe, no que respeita ao exercício da tutela a título profissional, é a que é regulada pelo artigo 1962.º CC²⁷.

O mesmo é dizer que o desempenho das funções de tutela só é obrigatório, por inerência, para os titulares de certos cargos, no caso dos directores de estabelecimentos públicos ou particulares de educação ou assistência onde os menores ou interditandos estejam internados por terem sido confiados à assistência pública – e sempre como meio de suprir a respectiva incapacidade gené-

²⁷ A respeito do instituto do acompanhamento de maiores no direito alemão, é de notar que, segundo o § 1900 I BGB, a designação de uma pessoa colectiva para o desempenho das funções de acompanhamento de maiores – no caso, uma associação de acompanhamento – carece do consentimento da própria pessoa colectiva. Cf. DIETER SCHWAB em *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 8, 4.ª ed., Munique 2002, § 1900 m. 4. Veja-se ainda o disposto no § 1897 II BGB, segundo o qual o tribunal só pode designar um trabalhador de uma associação de acompanhamento de maiores para o desempenho destas funções com o consentimento da própria associação. Nesse caso, o trabalhador desempenha tais funções em nome próprio e não em representação da associação, mas fã-lo nessa qualidade e não a título pessoal, o que justifica a necessidade de obtenção do consentimento da associação. Cf. Cf. SCHWAB, cit., § 1897 mm. 10-12. Cf. ainda UWE DIEDERICHSEN, cit. *supra* n. 21, § 1897, m. 11 e § 1900, m. 4.

rica de exercício, ou seja, só nos casos em que mais ninguém possa fazê-lo. São estes os casos directamente regulados pelo artigo 1962.º CC²⁸.

Perguntar-se-á se este regime poderá aplicar-se por via analógica a outras situações, por ele não directamente reguladas. A resposta será, naturalmente, afirmativa, pelo menos em abstracto.

Importa atentar, antes de mais, na razão de ser do regime da tutela institucional vertido no Código Civil. Esta conduz-nos à conclusão de que o cerne do regime está, antes de mais, nas noções de «internamento» e de «confiança à assistência pública».

Começando pela primeira, cumpre sublinhar que a situação de internamento dos menores e interditos já implica a prestação da generalidade dos cuidados que um tutor deve assegurar, pelo que a designação do director do estabelecimento como tutor não implicaria necessariamente, por si só, nesses casos, a constituição de um novo encargo para o estabelecimento, apenas conferiria ao tutor designado meios jurídicos mais alargados para o desempenho das suas funções²⁹.

Se o regime de obrigatoriedade da tutela se aplicasse a situações de assistência social mais ténue — designadamente a simples prestação de apoio domiciliário a um idoso que, a certa altura, revele sinais de anomalia psíquica — essa aplicação teria consequências bem mais significativas para o estabelecimento em causa, já que o reconhecimento da incapacidade do idoso para governar a sua pessoa e bens, pressuposto da sua interdição, faria impender sobre o tutor designado a obrigação de o retirar de imediato do seu domicílio e de lhe providenciar uma situação de internamento, uma vez que, com toda a probabilidade, esse grau de incapacidade não seria consentâneo com uma vida em residência própria, sem apoio permanente. Daí a necessidade de uma disposição própria que estabelecesse semelhante encargo para tais instituições, já que não procede, manifestamente, a analogia com as situações de prévio internamento a que alude o artigo 1962.º CC.

²⁸ Cf., sublinhando as diferenças de regimes, F.A. PIRES DE LIMA, «Filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade» (1959) 89 BMJ 23-122, a p. 36. Cf. ainda, no anteprojecto propriamente dito, as pp. 112-115 (artigos 254.º a 256.º e 259.º a 264.º). Cf., por último, o anteprojecto de M. D. GOMES DA SILVA e F. PESSOA JORGE, «O direito da família no futuro código civil» (1963) 124 BMJ 251-283, pp. 272 e 274-275 (artigos 43.º e 46.º).

²⁹ Quanto à distinção entre os meios jurídicos para fazer face às necessidades de natureza pessoal e patrimonial dos menores e interditos, cf. *supra* n. 100. Cf. ainda CASTRO MENDES, cit. *supra* n. 14, p. 384.

Atente-se agora na última das noções que estão no cerne do regime de obrigatoriedade da tutela profissional – a noção de confiança do menor ou interdito à assistência pública. Na verdade, há uma diferença muito significativa entre as situações de internamento de quem foi confiado à assistência pública e as demais situações de internamento – pense-se, por exemplo, nos hospitais ou outros estabelecimentos de saúde ou mesmo de lares ou famílias de acolhimento em que o menor ou interdito se encontre internado³⁰. Essa diferença consiste, antes de mais, na circunstância de as primeiras implicarem o sustento do menor ou interdito – o que, manifestamente, não é o caso das segundas, mormente quando as instituições em causa sejam de natureza particular e o menor ou interdito nelas beneficie de cuidados em virtude de uma relação de prestação de serviços de natureza onerosa³¹. Efectivamente, não podemos, nestes casos, encontrar base alguma para uma analogia que justificasse a aplicação do regime do artigo 1962.º/1 CC.

Em acréscimo, as situações de confiança de um internado à assistência pública implicam, manifestamente, a dispensa do consentimento do mesmo em relação a uma decisão que lhe é alheia.

Não há identidade entre a situação do referido hospital e a situação da SCML³². No entanto, o exemplo serve para demonstrar a importância, para a

³⁰ O acolhimento familiar de idosos e de adultos com deficiência encontra-se regulado no Decreto-Lei n.º 391/91, de 10 de Outubro. O serviço de acolhimento familiar é prestado em casas particulares, a título oneroso, por «famílias consideradas idóneas» (artigo 1.º). O serviço pode ser promovido pelos centros regionais de segurança social ou pela SCML (artigo 13.º). As condições a que o acolhimento deve obedecer constarão de contrato, que cessará, entre outros casos, «[q]uando a família de acolhimento ou a pessoa acolhida não desejem manter a situação» (artigo 18.º).

³¹ Há ainda que distinguir, no caso de serviços de natureza onerosa, consoante a contraprestação se calcule a preços de mercado ou apresente um valor diminuto, ainda que não meramente simbólico, calculado, por exemplo, em função das posses de cada um dos respectivos utentes, como acontecerá com muitos dos utentes da SCML.

³² Como se disse acima, a SCML é uma pessoa colectiva de direito privado e utilidade pública administrativa (artigo 1.º, n.º 1, dos Estatutos). Acresce que é uma pessoa colectiva com especiais responsabilidades no domínio da acção social em Lisboa, em virtude de Protocolo, datado de 30 de Junho de 2004, celebrado com o Instituto de Solidariedade e Segurança Social. No entanto, nem da sua natureza nem deste instrumento decorrem quaisquer *obrigações* de internamento de pessoas carenciadas nos estabelecimentos da SCML. Não obstante o teor deste instrumento, o internamento de pessoas carenciadas nos estabelecimentos da SCML continua a depender de decisão tomada, em cada caso, pelas instâncias decisórias da SCML, de acordo com as orientações gerais para tal fim definidas pelos órgãos da SCML. A circunstância de, em todas as situações concretas que se lhe apresentem, a decisão ser de internamento das pessoas carenciadas, por ser essa a decisão mais conforme aos seus fins estatutários e às orientações gerais definidas pelos órgãos da SCML, em nada prejudica esta margem de autonomia da SCML.

aplicação do regime de tutela profissional obrigatória, da preexistência de uma situação de confiança do menor ou interditando à assistência pública. Note-se que a confiança do menor ou interditando à assistência pública não é um pressuposto para a aplicação do n.º 1 do artigo 1962.º CC. A confiança à assistência pública integra a sua estatuição: o que dispõe o preceito é que, nos casos de falta, inidoneidade ou indisponibilidade de quem possa exercer as funções de tutor do menor ou interdito, este deve, antes de mais, ser «confiado à assistência pública, nos termos da respectiva legislação». Só depois de isso ter acontecido estaremos em condições de aplicar o preceito na íntegra, já que só então o menor ou interditando se encontrará internado no estabelecimento cujo director será nesse momento designado para o desempenho das funções de tutor³³. Mais uma vez, onde essa confiança teve lugar, o sustento do menor ou interditando já caberá, na sua totalidade, ao estabelecimento a que foi confiado, não constituindo a aceitação da tutela um encargo de monta para o estabelecimento.

A confiança do menor ou interditando à assistência pública cabe, naturalmente, ao Estado. A mesma é regulada pela «respectiva legislação» – que, evidentemente, é algo de distinto do próprio Código Civil, ou esta remissão careceria de sentido³⁴. Em caso de anomalia psíquica, entre a referida legislação sobreleva a Lei da Saúde Mental, aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, alterada pela Lei n.º 101/99, de 26 de Julho³⁵.

³³ Cf., como exemplo, o Ac. R.P de 06.07.2005 (Pelayo Gonçalves) (disponível, na íntegra, em www.dgsi.pt).

³⁴ Neste sentido, sobre a lei espanhola, L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de familia y de la persona*, vol. 2, Bosch, Barcelona 2007, pp. 826-827. Cf. os artigos 172.º e 239.º do Código Civil espanhol.

³⁵ Cf. ainda o Decreto-Lei n.º 8/2010, de 28 de Janeiro, que «cria um conjunto de unidades e equipas de cuidados continuados integrados de saúde mental, destinado às pessoas com doença mental grave de que resulte incapacidade psicossocial e que se encontrem em situação de dependência» (artigo 1.º, n.º 1). Entre essas unidades incluem-se, entre outros meios de apoio, as «unidades residenciais» (artigo 1.º, n.º 2). O desenvolvimento e coordenação das respostas de cuidados continuados integrados de saúde mental foram cometidos à unidade de missão para os cuidados continuados integrados por força da Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2010, de 14 de Maio. A aplicação conjunta de ambos os regimes poderá eventualmente vir a revelar-se o modo mais adequado de fazer face às necessidades de apoio de todos quantos sejam ou, a dada altura das suas vidas, se tornem incapazes de governar a sua pessoa e bens e não disponham, no seio das suas relações pessoais, de quem esteja em condições de assumir esse encargo, dando-se assim cumprimento aos comandos do legislador constituinte vertidos nos artigos 71.º e 72.º da Constituição.

Nos termos do n.º 1 do respectivo artigo 12.º, «[o] portador de anomalia psíquica grave que crie, por força dela, uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial, e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico pode ser internado em estabelecimento adequado». Será em princípio o caso de quem, por anomalia psíquica, se mostre incapaz de governar a sua pessoa e bens. Nos termos do n.º 1 do respectivo artigo 13.º, «[t]em legitimidade para requerer o internamento compulsivo o representante legal do portador de anomalia psíquica, qualquer pessoa com legitimidade para requerer a sua interdição, as autoridades de saúde pública e o Ministério Público». É este o caminho prévio a percorrer por quem pretenda designar um tutor a título profissional, fazendo uso do disposto no artigo 1962.º, n.º 1, CC.

A confiança do menor ou interditando à assistência pública desempenha assim, para o exercício da tutela a título profissional, uma função semelhante aos factores de proximidade entre a pessoa a designar como tutor e a pessoa do menor ou interditando previstos nos artigos 143.º e 1931.º CC para o regime da tutela a título pessoal. A diferença consiste em que, no caso do regime da tutela a título profissional, a relação de proximidade se exprime, compreensivelmente, num vínculo puramente funcional: desempenha as funções de tutor o director do estabelecimento, ou quem lhe haja sucedido na respectiva competência, a que foi confiado o menor ou interditando.

Deste modo, o recurso ao regime da tutela a título profissional não se apresenta como alternativo em relação ao regime da tutela a título pessoal, mas como uma consequência de, ao abrigo deste último, não ser possível designar um tutor, sendo ainda necessário que ocorram os pressupostos da confiança à assistência pública nos termos da legislação aplicável.

5. A tutela institucional e a Constituição

Retomemos agora a disposição da alínea o) do n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos da SCML, nos termos da qual «[p]ara a realização dos seus fins estatutários, a SCML [...] assegura, quando se mostre necessário, a tutela e curatela dos menores, interditos e inabilitados apoiados pela SCML, nos respectivos termos legais».

À luz da exposição que antecede, a disposição em causa não pode ser interpretada como alargando, em relação ao disposto nos artigos 143.º e 1931.º CC, o círculo de pessoas que podem ser designadas pelo tribunal como tutoras, no âmbito do regime da tutela a título pessoal ou, em qualquer caso, como uma

norma que atribui um dever aos titulares dos órgãos da SCML de assegurarem a tutela dos menores e interditos apoiados por essa instituição, quando em relação aos mesmos não tenha ocorrido a respectiva confiança à assistência pública, através do respectivo internamento em estabelecimento de saúde integrado na SCML. Em vez disso, a disposição deve ser interpretada como permitindo que, nos casos em que o regime da tutela a título profissional seja aplicável a estabelecimentos integrados na SCML, a função de tutor não tenha de recair necessariamente sobre o director do estabelecimento em causa, conforme dispõe o artigo 1962.º CC, podendo ser exercida pela mesa da SCML, com faculdade de delegação e subdelegação nos termos previstos nos respectivos Estatutos. Se esta interpretação é a que se afigura mais adequada à luz do direito civil, é também a única conforme à Constituição.

Com efeito, caso não fosse interpretada e aplicada nos termos anteriormente expostos, deveria concluir-se pela inconstitucionalidade da norma do artigo 4.º, n.º 3, alínea o), do Estatutos da SCML. Tal juízo de inconstitucionalidade incidiria, importa recordá-lo, sobre a citada norma interpretada no sentido de atribuir um dever aos titulares dos órgãos da SCML de assegurarem a tutela dos menores e interditos apoiados, a qualquer título, por essa instituição, quando em relação aos mesmos não tenha ocorrido, previamente, a falta, inidoneidade ou indisponibilidade de quem possa exercer as funções de tutor, nem a respectiva confiança à assistência pública, através do internamento em estabelecimento integrado na SCML, com verificação dos pressupostos previstos na lei para o efeito.

Os princípios e normas constitucionais à luz dos quais importa aferir a citada interpretação são os seguintes: o princípio da proporcionalidade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da reserva de lei parlamentar em legislação sobre matéria de direitos, liberdades e garantias, consagrados, respectivamente, nos artigos 18.º, 26.º, n.º 1, e 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição.

No que diz respeito ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e independentemente da controvérsia sobre o seu alcance, desde a respectiva consagração na Revisão de 1997³⁶, parece claro que o mesmo implica, pelo

³⁶ A controvérsia gira sobretudo em torno da questão de saber se o direito ao desenvolvimento da personalidade corresponde à consagração de um direito geral de liberdade de acção, à semelhança do que sucede com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental alemã. Para PAULO MOTA PINTO, a partir do direito ao desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 26.º, n.º 1, e do direito à liberdade, tutelado na norma do artigo 27.º, n.º 1, «conclui-se pelo reconhecimento, também na nossa lei fundamental, de uma liberdade

menos, uma «tutela abrangente da personalidade», bem como o «reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de intervenção jurídica»³⁷.

No caso em análise, é razoável sustentar que aquela interpretação da norma do artigo 4.º, n.º 3, alínea o), do Estatutos da SCML contende com o conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade de que são titulares os profissionais da SCML e até esta própria entidade, que, de acordo com o disposto no artigo 26.º, n.º 4, da Constituição, só pode efectuar-se «nos casos e termos previstos na lei»³⁸. Na verdade, ao consagrar um novo dever de exercer a tutela, a cargo dos titulares dos órgãos da SCML, aquela interpretação constitui um claro entorse à bipartição estabelecida na lei civil quanto ao regime da tutela. Esta bipartição, recordemo-lo, assenta na distinção entre o exercício da tutela a título pessoal e a título profissional, sendo que no primeiro caso se exige um especial vínculo pessoal entre a pessoa do tutor e a pessoa do menor ou interditando, normalmente traduzido numa relação familiar próxima, e no segundo caso se faz depender a tutela dos requisitos especialmente exigentes que podem dar lugar à confiança do menor ou interditando à assistência pública, em regra através do respectivo internamento compulsivo³⁹. Ora, a interpretação agora

geral de acção, integrante, no respectivo domínio de protecção, da actividade humana em geral» (cf. PAULO MOTA PINTO, «O direito ao livre desenvolvimento da personalidade», em AA.VV., *Portugal-Brasil ano 2000*, Coimbra Editora, Coimbra 1999, p. 199). Em sentido contrário, cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra 2007, pp. 463 e 478; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, Volume II – A construção dogmática*, Almedina, Coimbra 2006, pp. 492 e ss., entendem não estar consagrado um direito geral de liberdade no ordenamento jurídico-constitucional português. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 465, admitem, todavia, que a dimensão de liberdade abrangida no direito ao desenvolvimento da personalidade inclui a liberdade contratual e a autonomia privada.

³⁷ Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra 2005, pp. 287-288.

³⁸ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *cit. supra* n. 36, p. 465; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *cit. supra* n. 10, p. 204, afirma que «[a]s normas do Código Civil relativas à incapacidade de exercício devem, neste sentido, ser interpretadas em conformidade com a Constituição».

³⁹ Vejam-se, a este propósito, as exigências do regime constante dos artigos 8.º ss da Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, concretizando, aliás, a limitação ao direito de liberdade previsto no artigo 27.º, n.º 3, alínea h), da Constituição. Esta última disposição, introduzida pela revisão constitucional de 1997, veio tornar desnecessária a discussão de saber se as excepções ao princípio consagrado no n.º 2 do artigo 27.º da Constituição (segundo o qual «ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança») revestiam, ou não, carácter taxativo (sobre a questão cf. os Ac. TC n.º 60/98 e n.º 674/98; sus-

em causa rompe esta bipartição, estendendo um dever de exercer a tutela a pessoas que mantêm com a pessoa do menor ou interditando uma relação meramente ocasional. Não se põe em causa a necessidade de assegurar a tutela de pessoas em relação às quais não exista nenhum familiar em condições de o fazer. Simplesmente, não podemos ignorar que se trata de matéria atinente aos direitos, liberdades e garantias e, nessa medida, carecida de intervenção parlamentar. O que acaba de ser dito leva-nos a admitir a inconstitucionalidade da interpretação sob análise do artigo 4.º, n.º 3, alínea o), dos Estatutos da SCML à luz do disposto no artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição. Com efeito, parece inequívoco que a disposição mencionada se encontra em diploma legislativo do Governo não munido de credencial parlamentar – o que de resto é evidenciado pelo preâmbulo do Decreto-Lei n.º 235/2008, de 3 de Dezembro, quando aí se invoca a alínea a) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição.

Na verdade, é possível entender que a interpretação criticada ao longo deste estudo afecta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade existente na esfera de todos aqueles profissionais com vínculo à SCML sobre os quais poderá vir a recair a obrigação do exercício de funções de tutela em relação às mais diversas pessoas a quem profissionalmente prestam cuidados, sem sequer ser clara a possibilidade de solicitarem a escusa da tutela nos termos do artigo 1934.º CC. Nesta medida, podemos considerar que é afectada a respectiva autonomia privada. Mais do que isso, é a própria autonomia da SCML, enquanto pessoa colectiva de direito privado, como consigna o artigo 1.º dos respectivos Estatutos, que ficaria afectada, pondo-se em causa a sua capacidade de livre decisão na mais adequada prossecução dos respectivos fins estatutários e dando azo a um considerável aumento dos seus gastos, em resultado directo da extensão do exercício da tutela sobre muitas das pessoas a quem presta cuidados, muito para além do que se afigura razoável e previsível⁴⁰.

6. Conclusões

Assim sendo, mais uma vez chegamos à conclusão de que o artigo 4.º, n.º 3, alínea o), dos Estatutos da SCML não pode ser interpretado como uma

tentando que só por decisão judicial pode ter lugar o internamento compulsivo de uma interdita, cf. o Ac. STJ de 07.10.2004 (Abílio Vasconcelos) (disponível, na íntegra, em www.dgsi.pt).

⁴⁰ Afirmando que, na sua dimensão de direito de liberdade, o direito ao livre desenvolvimento de personalidade foi já reconhecido a pessoas jurídicas de direito privado para a tutela da sua liberdade de actuação económica, cf. PAULO MOTA PINTO, cit. *supra* n. 36, p. 221.

norma que alargue, em relação ao disposto nos artigos 143.º e 1931.º CC, o círculo de pessoas que podem ser designadas para o desempenho de funções de tutela, no âmbito do regime da tutela a título pessoal ou, em qualquer caso, como uma norma que atribua um dever aos titulares dos órgãos da SCML de assegurarem a tutela dos menores e interditos apoiados por essa instituição, ainda que em relação aos mesmos não tenha ocorrido a respectiva confiança à assistência pública, através do respectivo internamento em estabelecimento integrado na SCML. Os Estatutos da SCML não encerram uma obrigação de desempenho das funções de tutela de menores ou interditos por parte da SCML, directamente ou por intermédio dos titulares dos órgãos da SCML.

Com efeito, a única obrigação de desempenho das funções de tutela de menores ou interditos que decorre, para a SCML, por intermédio dos titulares dos seus órgãos, da aplicação do regime de tutela de menores e interditos genericamente estabelecido na lei civil é a que respeita aos directores dos estabelecimentos, quanto aos menores ou interditos que hajam sido previamente confiados à assistência pública, nos termos da respectiva legislação, e que se encontrem internados em estabelecimento da SCML, e apenas em caso de falta, inidoneidade ou indisponibilidade de pessoa em condições de exercer a respectiva tutela a título pessoal.

O artigo 4.º, n.º 3, alínea o), dos Estatutos da SCML deve ser interpretado como permitindo que, nos casos em que o regime da tutela a título profissional seja aplicável a estabelecimentos integrados na SCML, o desempenho das funções de tutela não tenha de recair necessariamente sobre o director do estabelecimento em causa, conforme dispõe o artigo 1962.º do Código Civil, podendo ser exercida pela mesa da SCML, com faculdade de delegação e sub-delegação nos termos previstos nos respectivos Estatutos.

Deve entender-se que é inconstitucional, por violação do artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, em conjugação com o disposto nas normas dos artigos 18.º e 26.º, n.º 1, também da Constituição, a norma do artigo 4.º, n.º 3, alínea o), do Estatutos da SCML, contida em simples diploma legislativo do Governo, interpretada no sentido de atribuir um dever aos titulares dos órgãos da SCML de assegurarem a tutela dos menores e interditos apoiados, a qualquer título, por essa instituição, quando em relação aos mesmos não tenha ocorrido, prévia e simultaneamente, a falta, inidoneidade ou indisponibilidade de quem possa exercer as funções de tutor, e a respectiva confiança à assistência pública, através do internamento em estabelecimento integrado na SCML, com verificação dos pressupostos previstos na lei para o efeito.

Lisboa, Maio de 2010.